

# A PROPOSTA BRASILEIRA DE CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE A LEI APLICÁVEL A ALGUNS CONTRATOS COM CONSUMIDORES (CIDIP VII): TEMAS E DISCUSSÕES NO FORUM DE EXPERTOS DA OEA<sup>1</sup>

Claudia Lima Marques<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A tendência atual nas Américas é preocupar-se com a proteção dos consumidores também em Direito Internacional Privado.<sup>3</sup> Por muito tempo o Direito Internacional Privado estava voltado apenas para o comércio internacional entre empresários, agora se volta para os contratos internacionais de consumo, em crescimento avassalador depois da consolidação da

<sup>1</sup> Este artigo consolida as posições brasileiras a serem apresentadas na Reunião Preparatória da CIDIP VII de Proteção dos consumidores, em Porto Alegre (UFRGS), dias 2 a 4 de dezembro de 2006. É baseado nas conferências realizadas sobre o tema em Giessen (Novembro 2004, sobre proteção transfronteiriça dos consumidores no Mercosul) e Berlim (Novembro 2005, sobre proteção do consumidor, o comércio eletrônico internacional e a proposta de CIDIP VII) na Deutsch-Lusitanische Juristische Vereinigung (DLJV), a convite dos Professores Erik Jayme, Christoph Benicke e Stefan Grundman, a quem agradeço. Agradeço também ao Dr. Jean Michel-Arrighi, Diretor Jurídico da OEA, Washington, pelo honroso convite para ministrar o Curso na OEA em 2000, origem desta sugestão de CIDIP e ao Dr. Ricardo Morishita, Diretor do DPDC/Ministério da Justiça, por ter aceito o tema e a sugestão em nome do Brasil e pelo honroso convite para ser delegada e negociadora brasileira na CIDIP VII sobre proteção do consumidor.

<sup>2</sup> Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen e Especialista em Integração Europeia pelo Europa-Institut, Saarbrücken, Alemanha. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. *Bord da Association Internationale de Droit de la Consommation*, Bruxelas. Vice-Coordenadora do PPGDir./UFRGS (2005-2006).

<sup>3</sup> Veja do Uruguai, ARRIGHI Jean Michel, *La Protección de los Consumidores y el Mercosur*, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2 (1992), p. 126 e seg., na Argentina, BOGGIANO, Antonio, *International Standard Contracts*, in *Revue des Cours*, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138 e seg., TONIOLLO Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, *Revista de Derecho del Mercosur*, v. 2, n. 6, dic. 1998, p. 96 e STIGLITZ, Gabriel, *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur*, in *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, vol. 6, 1995, p. 20 e seg., e LORENZETTI, Ricardo Luis, *Comercio electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 256 e seg., assim como em nosso livro conjunto, LORENZETTI, Ricardo e LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de Servicios a los consumidores*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fé, Argentina, 2005. No Brasil, veja levantamento da doutrina, in LIMA MARQUES, Cláudia, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 371 e seg. ERIZZATTO NUNES, Luiz Antônio, *Comentários ao CDC*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 349 e seg., KLAUSNER, Eduardo, *Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo*, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudo em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 375-420 e ARAÚJO, Nádia de, *Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: regulamentação atual e proposta brasileira para uma Convenção iteroamericana na CIDIP VII*, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudo em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 705-736.

contratação à distância,<sup>4</sup> especialmente no comércio eletrônico,<sup>5</sup> e a banalização do consumo internacional, com o turismo de massas.<sup>6</sup>

Basedow,<sup>7</sup> citando a divisão pensada por Lagarde, afirma que a evolução desta preocupação pode ser dividida em três atos ou fases: a fase da criação de leis reconhecendo o status e protegendo o consumidor nacionalmente; a fase da multiplicação das leis materiais protetivas com o avançar da massificação do mercado, nacional e em processos de integração econômica e a fase atual da proteção internacional dos consumidores, também em Direito Internacional Privado, com o que chamaremos aqui de globalização.

Na Europa, este o primeiro ato deu-se até os anos 70 do século XX, o consumidor lutava para conseguir ver reconhecido seu *status* como sujeito mais vulnerável e leis que limitassem a autonomia da vontade dos contratantes mais fortes (fornecedores) e protegessem as vítimas do fato do produto e do serviço massificado (acidentes de consumo). O segundo ato desta peça de teatro, a figura de linguagem usada por Lagarde,<sup>8</sup> teria sido nos anos 70 a 80 do século XX, com a multiplicação destas leis nacionalmente e o início de uma legislação através de Diretivas e regras nos processos de integração, em especial nas Comunidades Européias da época, ainda tímidas em fazer regras de conflito de leis. Caracterizaria esta fase, o fato do consumidor passar a ser um agente econômico reconhecido, ter seu papel decisivo no mercado reconhecido e sua proteção incluída nas políticas públicas e dos processos de integração.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Veja LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico* (tradução de Fabiano Menke e notas de Claudia Lima Marques), São Paulo: RT, 2004, p. 188 e seg. Y el abogado de Microsoft, SMITH, Bradford, *The third industrial revolution: Law and policy for the Internet*, in Recueil de l'Haye, 2000, T. 282, p. 324.

<sup>5</sup> Veja JAYME, Erik, Justicia et Pace, Discours du Président de l'Institut de Droit International, 69eme Session, in *Gesammelte Schriften*, Band 3, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 186. e LAGARDE, Paul, *Développements futurs du D.I.P.*, in *Rebel's* 68 (2004), p. 226, SINNAY-CYTERMANN, Anne, La protection de la partie faible en Droit International Privé- les exemples du salarié et du consommateur, *Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde*, LGDJ, 2005, p. 737-748 e CALLIESS, Graf-Peter, Transnationales Verbraucherrechtsrecht, in *Rebel's* 68 (2004), p. 249 e seg.

<sup>6</sup> Veja HACKER, Robert, Europäisch-zivilverfahrechtliche und international-privatrechtliche Probleme grenzüberschreitender Gewinnzusagen- Zugleich zu einem europäischen Begriff der unerlaubten Handlung; in *ZVg/RWiss* 103 (2004), p. 463-500. REICH, Norbert e NORDHAUSEN, Annette. *Verbraucher und Recht im elektronischen Verkehr (eG)*, Baden-Baden: Nomos, 2000. BENICKE, Christoph, Prospektpflicht und Prospekthaftung bei grenzüberschreitenden Emissionen, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Selliers, München, 2004, p. 25-38. E LIMA MARQUES, Claudia. Some recent developments in Private International Law in Brazil, *Japanese Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, Tokio, p. 13-50. E HARGAIN, Daniel and MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Julio César Faiza Ed., Montevideo, 1998, p. 504. BENJAMIN, Antônio Herman de V., Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience, in RAMSAY, Iain (Ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, Asgate, Brookfield, USA, 1996, p. 50, LIMA MARQUES, Claudia (Org.), *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*, Editora Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994 e TEPEDINO, Gustavo, *Multipropriedade Imobiliária*, Saraiva, São Paulo, 1993.

<sup>7</sup> BASEDOW, Jürgen. Internationales Verbraucherrechtsrecht- Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform, in MANSEL, Heinz-Peter et alii. (Org.), *Festschrift für Erik Jayme*, I, Selliers, München, 2004, p. 3.

<sup>8</sup> LAGARDE, Paul, *Le consommateur en droit international privé* (Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Vorlesungen und Vorträge, Heft 4, Wien 1999), p. 4 e seg, *apud* BASEDOW, *Festschrift für Erik Jayme*, p. 3.

<sup>9</sup> Assim, citando Lagarde, BASEDOW, *Festschrift für Erik Jayme*, p. 3 e 4.

É desta fase, o Anteprojeto de uma Convenção de Haia sobre compra e venda a consumidores (*Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Certain Sales*), estabelecido por uma Comissão Especial em 29 de junho de 1979, sob a coordenação do grande professor norte-americano Arthur von Mehren (Harvard University), com seus 8 artigos com normas especiais de conflitos para a proteção do consumidor,<sup>10</sup> que deveriam complementar a Convenção de Haia de 1955.<sup>11</sup> O projeto de Haia de 1980 na sua primeira versão previa apenas 8 artigos: Art. 1º (definição de compras e vendas a consumidores e do campo de aplicação material), art. 2º (definição de consumidor e presunção de que se trata de um consumidor); art. 3º (condições de aplicação das normas da Convenção apenas quando houve marketing agressivo ou contrato à distância); art. 4º (1. autonomia da vontade, com escolha da lei e 2. cumulação com normas imperativas, sendo que a escolha da lei não pode retirar do consumidor a proteção que as normas imperativas de sua residência habitual lhe concede, 3. regra de escolha expressa da lei, e 4. consentimento para a escolha da lei regido pela futura *lex contractus*); art. 5 (conexão na residência habitual em caso de não escolha da lei), art. 6 (forma regida pela lei escolhida pela partes), art. 7 (capacidade e efeitos da venda como questões prévias independentes não regidas pela *lex contractus*); art. 8 (*ordre public*: “Art. 8. L’application d’une loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l’ordre public.”).<sup>12</sup>

O projeto de Haia de 1980 nunca tornou-se uma Convenção, mas inspirou fortemente a Convenção de Roma de 1980 da Comunidade Européia e seu famoso art. 5} de proteção especial dos consumidores passivos (aqueles que recebem o marketing em seu país de origem, contratam à distância ou deslocam-se especialmente para os países vizinhos para comprar), até hoje em vigor na União Européia. Iniciava-se a terceira fase ou ato da evolução da proteção do consumidor agora com normas especiais (e muitas vezes unilaterais) de Direito Internacional Privado.<sup>13</sup> Na União Européia, além da Convenção de Roma, nos anos 90 do século XX uma série de Diretivas estabeleceram regras mínimas (e imperativas!) para a proteção dos consumidores com residência habitual nos países membros.<sup>14</sup> Em 2003, o Livro Verde da Comissão Européia para a transformação da Convenção de Roma de 1980 em Regulamento interno europeu, pode decretar não só a morte do método de uso de Convenções de Direito Internacional Público na Europa, dada como certa, como da própria liberdade de escolha

<sup>10</sup> Avant-projet de Convention adopté para la Commission Spéciale, Document préliminaire nr. 2 d’octobre 1979, Commission spéciale-Avant-projet, in *Actes et Documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome II, Ventes aux consommateurs-Consumer Sales*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, Haia, 1982, p. II-29-30.

<sup>11</sup> Note-se que inicialmente foi tentado criar um protocolo adicional à Convenção de Haia de 1955 sobre compra e venda de mercadorias especial para proteção dos consumidores, mas a conclusão geral foi que o melhor seria uma Convenção própria, veja PELICHET, Michel, Memorandum on Consumer Sales, Preliminary Document n. 1 of March 1979, in *Actes et Documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980, Tome II, Ventes aux consommateurs-Consumer Sales*, Bureau Permanent, La Haye, 1982, p. II-7 e seg.

<sup>12</sup> Veja VON MEHREN, *Commission Spéciale-Avant-Projet*, p. II-29 e II-30.

<sup>13</sup> BASEDOW, *Festschrift für Erika Jayme*, p. 4.

<sup>14</sup> Veja JAYME, Erik e KOHLER, Christian, *Europäisches Kollisionsrecht 1994. Quellepluralismus und offene Kontraste*, in *IPRAX 1994*, p. 405 e seg.

ilimitada (do consumidor turista ou consumidor ativo que não fora atingido pelo marketing do fornecedor), da liberdade de escolha com aplicação das normas imperativas do país de residência do consumidor europeu (método do art. 5º da Convenção), da própria distinção entre consumidor ativo e passivo em tempos de comércio eletrônico e mandar aplicar agora para todos os consumidores com residência habitual na União Européia a lei do país de sua residência habitual, como *gran finale* deste ato.<sup>15</sup>

É neste momento de radicalização dos paradigmas de proteção do consumidor em uma União Européia, a qual parece já ter completado sua obra material de harmonização das regras mínimas de proteção do consumidor, que as Américas, através da OEA e de suas Convenções Interamericana de Direito Internacional Privado resolve voltar ao protagonismo em matéria de proteção do consumidor e sugerir como tema da CIDIP VII a sua proteção em alguns contratos e transações de consumo.

Desta vez a primeira sugestão partiu do Brasil, país emergente, com um grande mercado consumidor e um bom parque industrial e de serviços, que desde 1990 tem um Código de Defesa do Consumidor em vigor e muita jurisprudência sobre o tema.<sup>16</sup> A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos e transações com consumidores (CIDIP VII),<sup>17</sup> que tive a honra de redigir em meu Curso da OEA em 2000<sup>18</sup> e que foi incorporada pelo Brasil,<sup>19</sup> é simples e restringe-se a lei aplicada, com apenas 8 artigos,<sup>20</sup> como o Anteprojeto de Haia de 1980.<sup>21</sup>

Os dois países mais industrializados das Américas, Estados Unidos e Canadá apoiaram o tema da proteção do consumidor através do Direito Internacional Privado e apresentaram duas outras propostas cada um. Em fevereiro e julho de 2005, a Assembléia Geral da OEA (Doc. CP/CAJP-2309/05) fixou o tema da proteção do consumidor para a CIDIP VII, a discutir-se a proposta brasileira (proposta de Convenção sobre lei aplicável a

<sup>15</sup> Veja BASEDOW, *Festschrift für Erik Jayme*, p. 18-23 e LOCKER, Leandr D. *Der Verbrauchervertrag in internationalen Vertrag—Zum anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertrags-übereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht*, Sellier: München, 2006, p.183 e seg.

<sup>16</sup> Veja jurisprudência reunida in LIMA MARQUES, Claudia, BENJAMIN, Antônio Herman de V. e, MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 2006, p. 11 e seg.

<sup>17</sup> Detalhes sobre a primeira proposta brasileira podem ser vistos no curso da OEA, LIMA MARQUES, Claudia, A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, in *XXVII Curso de Derecho Internacional-OEA/CIJ*, Ed. Secretaría General- Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, 2001, pg. 657-780, e in *El Derecho Internacional Privado en las Américas: (1974-2000). Cursos de Derecho Internacional - vol. I (Parte 1)*, Editor Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, USA, 2002, p. 1503-1622.

<sup>18</sup> LIMA MARQUES Cláudia in *XXVII Curso de Derecho Internacional-OEA/CIJ*, p. 1503-1622.

<sup>19</sup> Veja [www.oas.org](http://www.oas.org).

<sup>20</sup> Veja sobre o tema, com a proposta em francês e inglês LIMA MARQUES, Claudia. Consumer protection in Private International Law rules: the need for an inter-American Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions (CIDIP), in BOURGOINIE, Thierry (Org.). *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Yvon Blais: Québec, 2006, p. 145-190.

<sup>21</sup> A proposta brasileira é chamada pelo delegado argentino para a OEA, Diego Fernández Arroyo, de “propuesta Lima Marques”, veja ARROYO, Diego Fernández, *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América: De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Org. Diego Fernández Arroyo e Fabio Mastrángelo, Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 74.

alguns contratos de consumo), as propostas do Canadá (proposta própria de convenção ou de lei modelo sobre lei aplicável e sobre jurisdição em matéria do contratos do comércio eletrônico com consumidores, sendo que apenas a lei modelo sobre jurisdição foi redigida até agora) e dos Estados Unidos (proposta da *Federal Trade Commission* sobre devolução de quantias pagas pelos consumidores no comércio eletrônico e após, proposta de lei modelo conceitual sobre resolução de controvérsia e devolução, denominada US Draft Proposal for a Model Inter-American Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for Consumers).<sup>22</sup>

Em março de 2006, iniciaram-se as negociações para a CIDIP VII através de um foro eletrônico organizado pelo Departamento Jurídico da OEA, tendo como moderador John Wilson,<sup>23</sup> na qual sou delegada pelo Brasil.<sup>24</sup> Nestas discussões com os expertos da OEA, em meus estudos de pós-doutorado em Heidelberg,<sup>25</sup> nas discussões de meus seminários como Diretora de Estudos em Haia, em 2003, assim como nos congressos da DLJV (Deutsch-Lusitanische Juristen Vereinigung) e nas aulas na França, pude evoluir muito meu pensamento,<sup>26</sup> tendo me ajudado a modificar e aprimorar esta proposta, que agora está em sua segunda versão.

De 2 a 4 de dezembro de 2006, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre (Brasil), os expertos e delegados dos países da OEA estarão realizando, com apoio do Ministério da Justiça do Brasil, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-Brasilcon e da UFRGS, uma Reunião Preparatória da CIDIP VII – Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a proteção dos consumidores para discutir todos os projetos (do Brasil, Canadá e Estados Unidos).

Gostaria de contribuir a esta discussão analisando alguns dos temas principais e tendências registradas hoje na proteção dos consumidores através de normas de conflitos de leis nas Américas (Parte I) e apresentando a fase atual a proposta brasileira de Convenção

<sup>22</sup> Veja propostas [www.oas.org](http://www.oas.org).

<sup>23</sup> Veja testemunho sobre os trabalhos da CIDIP VII, por John Wilson, na *Revista DeCITA*, 2004, sobre solução de controvérsias, p. 398 e seg.

<sup>24</sup> O delegado principal é o Dr. Ricardo Morishita Wada do DPDC/MJ. Meus agradecimentos a mestranda da UFRGS, a colega argentina Laura Dellayole, da UNL-Santa Fé, que está me ajudando nas negociações em espanhol, assim como a expert argentina Adriana Dreyzin de Klor pelas sugestões e correções de meus textos. E aos colegas e amigos brasileiros, Nádia de Araújo (PUC-Rio) e Eduardo Klausner (UERJ) pelo envio de sugestões e textos sobre processo civil internacional de proteção dos consumidores.

<sup>25</sup> Veja o livro daí resultante, Prêmio Ada Pellegrini Grinover de melhor obra de Direito do Consumidor em 2004-2005, LIMA MARQUES, *Confiança*, p. 15 e seg.

<sup>26</sup> Devo destacar que as discussões travadas durante os Seminários da DLJV em Giessen e em Berlim, que este artigo reproduz, seja com os mestres Erik Jayme (Heidelberg), Heinz-Peter Mansel (Bonn), Christoph Benicke (Giessen), Stefan Grundmann (Humbolt, Berlin) e Manuel Malheiros (Lisboa) e os jovens pesquisadores alemães e brasileiros, Christian Schindler, Fabiano Menck, Gustavo Cerqueira, Thomas Richter e Carl-Friedrich Nordmeier, assim como minhas discussões com os colegas franceses (em especial agradeço as discussões com a Profa. Dra. Alexandre e Prof. Dr. Huet de Strassbourg, organizadas pela Profa. Dra. Yacyr Viera da UFViosa e Gustavo Cerqueira), durante minhas aulas como professora convidada em Paris 1 (Pantheon-Sorbonne), em março de 2006, muito me ajudaram. Sobre as discussões com colegas argentinos, veja Declaración de Córdoba, in FERNÁNDEZ/MASTRÁNGELO, p. 21 e seg.

Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos e transações com consumidores (CIDIP VII), que tive a honra de redigir como delegada brasileira (Parte II).

## I. TEMAS PRINCIPAIS E TENDÊNCIAS REGISTRADAS NA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES ATRAVÉS DE NORMAS DE CONFLITOS DE LEIS

Gostaria aqui destacar dois temas principais de método de Direito Internacional Privado que estão sendo discutidos para esta CIDIP VII. O primeiro refere-se ao próprio método de recorrer a uma convenção clássica de Direito Internacional Público (*hard law*) para alcançar esta proteção em Direito Internacional Privado ou de preferir, como várias sugestões apresentadas, uma *soft law* ou lei modelo. O segundo tema também é de método, é o problema da necessidade da CIDIP VII incluir os temas de jurisdição e de conflitos de leis em um mesmo texto (convenção ou lei modelo) ou se podemos e devemos aprovar mais de um texto como fez (e continua a planejar) a União Européia. Vejamos

### A. Convenção (clássica de Direito Internacional Público) ou Lei Modelo (*soft law*): o problema da confiança do consumidor

A União Européia, em um ambiente privilegiado de livre de comércio harmonizado em mercado integrado (mais do mercado comum), desde 1980, isto é, há mais de 26 anos, permite a autonomia da vontade em contratos internacionais do consumidor turista ou ativo, e protege o consumidor passivo (que recebe o marketing em sua casa, a ele dirigido, contrata à distância ou é convidado a atravessar fronteiras para consumidor) apenas através de suas diretivas (a maioria com normas de natureza mínima) e da aplicação obrigatória de normas imperativas (de ordem pública internacional) da residência habitual do consumidor.<sup>27</sup> Este método de distinguir entre turistas e consumidores à distância,<sup>28</sup> assim como a própria autonomia da vontade (pouco limitada nestes anos todos, a não ser em caso de escolha de um país terceiro, de fraude à lei e seus efeitos, caso a residência do consumidor fosse na União Européia pela aplicação cumulativa das normas imperativas) em contratos de consumo,<sup>29</sup> criada pela Convenção de Roma de 1980 parece ter seus dias contados.<sup>30</sup> A atual fase do

<sup>27</sup> Veja GEBAUER, Martin. *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1998, p. 86 e também MANKOWSKI, Peter, *Entwicklung im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004* (Teil 1), in *RIW* 7/2004, p. 482-483.

<sup>28</sup> Neste sentido, veja opinião defendendo que a distinção entre consumidor e comerciantes, na Internet, não fazia sentido GUILLEMARD, Sylvette, *Le 'cyberconsommateur' est mort, vive l'adhérent*, in *Journal du Droit International*, 1, 2004, p. 7-61. Em sentido contrário, OLIVEIRA, Elsa Dias de. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 10ss. E, no Brasil, PORTO Ronaldo, *Globalização e Direito do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor* (32), p. 45.

<sup>29</sup> A visão européia é que os efeitos da escolha da lei eram limitados pela aplicação obrigatória das normas de imperativas da residência habitual do consumidor europeu, como bem ensina MOURA RAMOS, Rui Manuel. *La transposition des directives communautaires en matière de protection des consommateurs et le droit international privé portugais*, in MANSEL, Heinz-Peter et alii. (Org.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Selliers, München, 2004, p.621. Sem desconsiderar este belo efeito da cumulação, gostaria aqui de frisar que na prática a escolha da lei é ilimitada (quanto a lei possível de ser escolhida), diferentemente da proposta brasileira de CIDIP VII.

<sup>30</sup> BASEDOW, *Festschrift für Erik Jayme* p. 3 e seq.

mercado interno, o crescimento exponencial do comércio eletrônico, a dificuldade de localizar a oferta, o consumidor e mesmo o fornecedor, o aumento de diretivas materiais máximas de proteção dos consumidores, o fim das Convenções,<sup>31</sup> todas a transformarem-se em regulamentos, agora que a Europa escolhe o conflito de leis e a cooperação judicial como um dos pilares de sua integração, facilitam que a proposta de Roma I.

Efetivamente, desde a década de 60 do século XX, grandes doutrinadores europeus do Direito Internacional Privado (DIPriv)<sup>32</sup> apontam para a necessidade de proteger a parte mais fraca nos contratos internacionais,<sup>33</sup> especialmente os consumidores,<sup>34</sup> impregnando assim as normas de conflitos de leis com um objetivo material e de proteção deste sujeito vulnerável.<sup>35</sup> Dentre eles, destaca-se meu mestre de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h.c. Erik Jayme, que com seu humanismo generoso e sua visão libertadora de respeito à autonomia da vontade e à identidade cultural da pessoa humana,<sup>36</sup> conclui que o DIPriv pode ser um elemento de harmonia e paz<sup>37</sup> na nova sociedade globalizada<sup>38</sup> de consumo<sup>39</sup> da pós-modernidade.<sup>40</sup>

Em meus estudos sobre a proteção do consumidor em Direito Internacional Privado e na primeira sugestão de CIDIP de 2000,<sup>41</sup> o objetivo principal sempre foi propor uma

<sup>31</sup> Veja JAYME, Enk e KOHLER, Christian, *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, in IPRAX 1999, p. 411 e seg.

<sup>32</sup> Em especial ZWEIGERT, NEUHAUS, JAYME, von HOFFMANN, in KROPHOLLER, Jan, *Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei*, in *RabelsZ* 42 (1978), p. 634-661, que menciona também os estudos de Ole LANDO.

<sup>33</sup> Assim ensina HOFFMAN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), p. 401, explicando que nos casos excepcionais se podia usar a cláusula de ordem pública para proteger este "mais fraco".

<sup>34</sup> Veja esta evolução no livro de BRÖCKER, Marion, *Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998 e no artigo de JUNKER, Abbo, *Von Citozen zum Consommateur- Entwicklung des internationalen Verbraucherschutzrechts*, in IPRAX 1998, p. 67 e seg.

<sup>35</sup> Assim Enk, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: *Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pg. 44 (citado Jayme, Cours). Segundo Erik Jayme, uma das tendências do direito internacional privado pós-moderno ou atual seria a materialização das regras de conflito de leis e aplicação reiterada da *lex fori*.

<sup>36</sup> Veja, por todos, JAYME, Erik, "Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation", in *Recueil de Cours*, tomo 282, 2000, p. 147 e seg.

<sup>37</sup> JAYME, Cours 1995, p. 262-264. Jayme, em seu Curso de Haia de 1995 (*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*) p. 39, afirma que a razão de existir do Direito Internacional Privado é a necessidade de encontrar soluções justas na comunidade internacional

<sup>38</sup> Aceitarei aqui a definição de globalização feita por CASTELLS, Manuel, *End of Millennium (The Information Age: Economy, Society and culture)*, volume III, Blackwell P, Oxford, 1998, p. 1.

<sup>39</sup> Veja sobre o tema no Brasil, BATISTI, Leonir, *Direito do Consumidor para o Mercosul*, Ed. Juruá, Curitiba, 1998, p. 5 e seg. FELLOUS, Beyla Esther, *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*, São Paulo: RT, 2004, p. 13 e seg. PERIN, Ecio Júnior, *A Globalização e o Direito do Consumidor - Aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*, Ed. Manole: Bauert, 2003, p. 45 e seg. Também KLAUSNER, Eduardo Antônio, *Direito do consumidor no Mercosul e na União Européia - Acesso e efetividade*, Ed. Juruá, Curitiba, 2006.

<sup>40</sup> Aceito aqui a teoria de Erik Jayme sobre os reflexos da pós-modernidade no DIPriv exposta em seu Cours, p. 33 e seg. Veja Lyotard, Jean-François, *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*, Peter Engelmann (Hrsg.), [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena: Passagen Verlag, 1994, pg. 13.

<sup>41</sup> Veja a proposta original de uma CIDIP de proteção do consumidor, in LIMA MARQUES, Claudia, *"A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo"*, in *Revista do Tribunal* (São Paulo), vol. 788, junho de 2001, ano 90, p. 11-56. E os comentários a minha proposta por ARAÚJO, Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: Análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII, in TIBURCIO/BARROSO, p. 705-736.

utilização atualizadora do Direito Internacional Privado, preenchendo as normas de conflito (normalmente instrumentais) com valores sociais de proteção do parceiro contratual mais fraco,<sup>42</sup> o consumidor.<sup>43</sup> O resultado visado é aumentar a confiança do consumidor nos negócios internacionais, potencializando este mercado inter-americano. Parece-me que normas especiais de conflitos de proteção dos consumidores oportunizarão a harmonia de relações internacionais necessária em nosso tempo; criando um Direito Internacional Privado regional de solução material dos complexos conflitos pós-modernos, os quais agora envolvem direitos humanos e limites constitucionais.<sup>44</sup>

Seguindo os passos de meu mestre, Erik Jayme, confesso que a proposta brasileira de CIDIP VII é um Direito Internacional Privado mais “narrativo”,<sup>45</sup> com efeito pedagógico (para mudar as práticas dos fornecedores em todos os seus contratos de adesão voltados para consumidores nas Américas), através da limitação da autonomia da vontade (escolha de somente algumas leis), inclusive com a inclusão de um fator de insegurança (conexão na *lei mais favorável ao consumidor*), de forma a evitar a fraude e o *forum lex* (aplicação subsidiária da lei do domicílio do consumidor em caso de escolha inválida) e exigir a informação desta escolha de forma prévia ao consumidor (mantendo sua liberdade de escolha de seu fornecedor). Como ensinava o mestre português, António Marques dos Santos são normas de conflito “materialmente orientadas” e não mais “neutras”.<sup>46</sup> Objetivam assegurar previsibilidade para os fornecedores (que poderão escolher a lei em seus contratos de adesão e condições gerais contratuais de venda entre aquelas permitidas na Convenção), mas impondo limites (normas imperativas e escolha limitada) de forma a criar maior segurança jurídica aos contratos de consumo na região e fomentar a confiança dos consumidores (agente econômico protegido) para que participem mais do nascente consumo internacional a distância e de turismo na região.

É um Direito Internacional Privado que “discurse” — ao mesmo tempo promova a “discussão”—,<sup>47</sup> e alcance através de uma Convenção flexível a necessária proteção dos

<sup>42</sup> Sobre o tema da passagem das normas de conflitos “neutras” para as “materialmente orientadas” e analisando os ensinamentos do saudoso Professor António Marques dos Santos, veja GALVÃO TELLES, Eugénia. Sobre o critério da “lei mais favorável” nas normas de conflitos, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, MIRANDA, Jorge et alii (Org.), Coimbra: Almedina, vol. I, 2005, p. 193 e seg.

<sup>43</sup> Veja os trabalhos de POCAR, Fausto, La protection de la partie faible en droit international privé, *Rassemblement des Cours*, Haia, 1984, V, p. 339 e seg., FALLON, Marc, Le droit des rapports internationaux de consommation, in *J.D.I.*, 1984, p. 277 e seg., MAYER, Pierre, La protection de la partie faible en droit international privé, in Ghestin/Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*, LGDJ, Paris, 1996, p. 513 e seg., LECLEBRC, Frédéric. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*. Bruxelas: Bruylant, 1995. E MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais. In *Das relações privadas internacionais, Estudos de direito internacional privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 200.

<sup>44</sup> Veja JAYME, Cours 1995, p. 36.

<sup>45</sup> Adoto aqui a teoria de Jayme sobre normas narrativas (JAYME, Cours 1995, p. 247), destacando que qualquer proposta de Convenção internacional e o texto daí oriundo tem hoje um efeito ao menos narrativo, de demonstrar os problemas e os caminhos, de narrar objetivos e princípios, mesmo que seja apenas como fonte de inspiração, mesmo que estas normas nunca cheguem a ter vigência, seus esforços, como os da Convenção de Haia de 1980, demonstram a existência de necessidades e forçam a procura - nacional, regional ou universal - de soluções.

<sup>46</sup> Veja sobre a obra deste mestre da DJV, GALVÃO TELES, p. 193 e seg.

<sup>47</sup> Veja sobre o tema MÜLLER, Friedrich, *Rechtslinguistik*, Ed. Sérgio Palbris, Porto Alegre, 1995, p. 17 e seg. Veja HABERMAS, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 68.



consumidores nos mercados internacionalizados dos dias de hoje.<sup>48</sup> Dai não se estranhar que as sugestões do Canadá e Estados Unidos envolvam o recurso às normas de *soft law*, com suas propostas de leis modelos.

No Forum virtual da OEA, o delegado argentino, Diego Fernández Arroyo, conclui que haveria suficiente consenso sobre o tema das normas de conflito especiais para a proteção dos consumidores nos apíses das Américas de forma a apoiar a proposta brasileira de uma Convenção sobre o tema, incluindo em especial o crescente comércio electrónico.<sup>49</sup> O argumento completa-se com o fato de no sistema inter-americano apenas termos recorrido a uma lei modelo na CIDIP VI, quando o consenso foi impossível de ser alcançado. Conclui, com o Brasil, que haveria base consensual para a elaboração de uma Convenção,<sup>50</sup> com regras especiais de conflito de leis.<sup>51</sup> No foro virtual Brasil, Uruguai, Argentina e El Salvador já se manifestaram a favor que a CIDIP VII seja pela menos uma Convenção de Direito Internacional Privado clássica.

Em meus escritos defendi que se tratava de um momento histórico nas Américas, onde nasceu o movimento consumerista no mundo,<sup>52</sup> e oportuno, pois a maioria dos países (a exceção da Bolívia e Trinidad Tobago)<sup>53</sup> já possuem normas materiais nacionais de proteção dos consumidores,<sup>54</sup> mas não os processos de integração, estando, portanto, a região pronta para evoluir para a terceira fase desta proteção, com normas de Internacional Privado.<sup>55</sup>

Note-se que somente através de uma Convenção clássica de Direito Internacional Privado (*hard law*) poderemos assegurar a necessária confiança dos consumidores neste nascente comércio internacional de consumo intraregional das américas. Como leis modelos são

\* Sobre a necessidade de tomada de posição da doutrina, veja incisivo, ARRIGHI, Jean Michel. La protección de los consumidores y el Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 2, p. 126-127.

<sup>48</sup> Veja DREYZIN DE KLOR, Adriana, Derecho Aplicable al comercio electrónico, in El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América- De la CIDIP VI a la CIDIP VIII, Org. Diego Fernández Arroyo y Fabio Mastrángelo, Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 104. E LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 256.

<sup>49</sup> Veja sobre a importância do tema no mundo, LAGARDE, Paul. Heurs et malheurs de la protection du consommateur dans l'Union européenne, in *Études offertes à Jacques Ghestin- Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris: LGDJ, 2001, p. 511ss.

<sup>50</sup> Veja sobre a importância destas regras especiais de DIPr de proteção do consumidor, BOGGIANO, Antonio, *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, 1981, I, t. 170, Nijhoff, 1982, p. 138.

<sup>51</sup> Veja sobre a evolução histórica da proteção do consumidor em Américas, em las belas obras argentinas de MOSSET ITURRASPE, Jorge e LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor* - Ley 24.440. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994 e STIGLITZ, Gabriel. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Buenos Aires: Juris, 1997. En Uruguay, SZAFIR, Dora. *Consumidores* - Análisis exegético de la Ley 17.250. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002 e ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Derecho del consumo*. Montevideo: Foro, 2000. En Peru, VEGA MERE, Yuri. *Contratos de consumo*. Lima: Grúley, 2001 En Colombia, VELILLA, Marco (dir.). *Política y derecho del consumo*. Bogotá: El Navegante, 1998. En EUA, MARSH, Gene A. *Consumer protection law*. 3. ed. St. Paul: Westgroup, 1999 e EPSTEIN, David G. e NICKLES, Steve H. *Consumer law*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1991. En Canada, L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Yvon Blais, 1993 e LAFOND, Pierre-Claude (Éd.). *Mélange Claude Masse - En quête de justice et d'équité*. Québec: Yvon Blais, 2003.

<sup>52</sup> Veja o atlas sócio político com estas leis produzidos pelo Ministério da justiça para dar subsídios à CIDIP VII, in [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

<sup>53</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de V., Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience, in RAMSAY, Iain (Ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, Asgate, Brookfield, USA, 1996, p. 50.

<sup>54</sup> TONIOLO, Javier Alberto. La protección internacional del consumidor: reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires/Porto Alegre, ano 2, n. 6, dez. 1998, p. 95.

instrumentos pouco usados na região, parece-me que teriam dificuldades de em matéria de conflitos de leis criar a necessária previsibilidade e segurança jurídica que regras previstas em uma Convenção clássica alcançaria. E, mesmo para os países que não a ratificarem, esta CIDIP VII não deixaria ter um efeito de lei modelo trazendo preocupações novas com a proteção do consumidor em Direito Internacional Privado.

Em minha opinião é muito significativo que recentemente as ONU, por sua Assembleia Geral, em 23 de Novembro de 2005, tenha aprovado uma *Convención sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts). Se esta Convenção ainda não está em vigor, foi justamente a CNUDMI ou UNCITRAL, que já criara uma lei modelo que resolveu complementar sua soft law (*Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*) com um Convenção.

Em outras palavras, em tema de fomento da confiança não basta apenas modelos, é necessário enfrentar as fahas do mercado com regras obrigatórias, mesmo se flexíveis. No sistema romano-germânico que predomina nas Américas, os juristas estão mais acostumados a este tipo de normas, daí o sucesso de uma convenção ser maior, além do fato de poder ser considerada modelo ou “ratio scripta” ou regra uniforme na solução de casos práticos.

Considere-se também que o tema da proteção dos consumidores é tema constitucional em muitos países das Américas, como no Brasil (Art. 5,XXXII e art. 170 da Constituição Federal) e Argentina (art. 42 da Constituição Argentina), tema de direitos humanos, onde a hierarquia dos tratados e convenções vêm assegurada nas Constituições e tema muito ligado à ordem pública constitucional. Resumindo, parece-me que até mesmo a CNUDMI ou UNCITRAL, que elaborou a lei modelo de maior sucesso em matéria de comércio eletrônico, chegou a conclusão que o valor das regras não é o mesmo se introduzidas através de uma lei modelo ou por uma convenção.<sup>56</sup> A Convenção CNUDMI de Novembro de 2005 tem como finalidade justamente “*fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas*”, nos contratos entre empresas com contactos com mais um ordenamento jurídico (contratos internacionais entre empresas).<sup>57</sup>

Note-se também que a União Européia preferiu recorrer a uma Convenção stricto sensu e agora a uma norma obrigatória (regulamento) para alcançar este objetivo material através de normas de conflito flexíveis e atualizadas. A tentativa de Haia em 1980<sup>58</sup> também não era uma lei modelo de conflitos de leis e foi superada pela Convenção de Roma de 1980, também uma *hard law*, não por Diretivas de Direito Internacional Privado.

<sup>56</sup> Así GREGORY, John D., “The proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts”, the Business Lawyer, vol. 59, p. 317, November 2003. “In favour of preparing an e-contracts convention, it was said that a convention could contribute to the legislative arsenal of means increasing legal certainty or commercial predicability in electronic business transactions – alongside the MLBC (Model Law on Electronic Commerce)”.  
<sup>57</sup> [www.uncitral.org/pdf/english/texts/electron/2005Convention.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electron/2005Convention.pdf) acesso el 20.06.2006.

<sup>58</sup> VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, Haia, 1982, p. 6 y seg.

Em resumo, fora do sistema da *common law* puro inexistência de lei modelo de normas de conflito de leis que tenha efetivamente resultado na proteção dos contatantes mais fracos, os consumidores. Neste sentido, concluo que para fomentar o consumo internacional nas Américas, trazendo maior confiança e segurança jurídica para os consumidores da região e previsibilidade para os fornecedores de serviços e produtos que voltarem suas atividades para esta região, o melhor seria que a futura CIDIP VII de proteção dos consumidores, pelo menos no que se refere às normas de conflito fosse uma Convenção, como sugere a proposta brasileira. Esta conclusão não invalida ou impossibilita que outras leis modelos, sobre os demais temas de jurisdição (única proposta canadense que foi redigida) e sobre solução de litígios e devolução de quantias (proposta dos EUA) sejam discutidas e eventualmente aprovadas.

## **B. A polêmica inclusão de normas sobre jurisdição na CIDIP VII e a nova proposta dos Estados Unidos da América**

O Brasil preferiu evitar o tema da jurisdição, do foro privilegiado para os consumidores e da possibilidade ou não de escolha do foro estatal ou arbitral nos contratos de adesão com consumidores, tendo em vista as tratativas da Conferência de Haia de 1996 a 2005 no tema (Judgements Projecty). Como sabemos os esforços da Conferência de Haia (aprovou a *Convention on Choice of Court Agreements*, que exclui os contratos de consumo)<sup>59</sup>, assim como aqueles da CNUDCI ou UNCITRAL para adaptar a Lei Modelo de Arbitragem aos contratos de consumo e mesmo do UNIDROIT em tema de consumo falharam e o tema da proteção dos consumidores continua sem consenso mundial.<sup>60</sup> A proteção faz-se somente por leis nacionais de processo civil internacional.

A Convenção de Bruxelas de 1968 que era modelo transformou-se em um Regulamento europeu interno, de difícil efeito multiplicador no mundo, tendo em vista as circunstâncias especiais de *enforcement* da União Européia. O tema de uma jurisdição especial para consumidores realmente é complexo e mesmo a sugestão realizada por Nádia de Araújo para mudar a lei brasileira (art. 88 do CPC) não pode conseguir consenso interno no Brasil, continuando a doutrina a utilizar a norma do Código de Defesa do Consumidor (Art. 101, I da Lei 8.078/90), que em princípio veda a cláusula de eleição do foro em contratos de adesão de consumo e a cláusula compromissória de arbitragem (art. 51 da Lei 8.078/90).<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Veja texto in [www.wlchch.net](http://www.wlchch.net) o LUGINBÜHL, Stefan y WOLLGAST, Heike. Das neue Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen: Aussichten für das geistige Eigentum, in *GRUR Int.* 2006, p. 208-220.

<sup>60</sup> Veja sobre o texto já existente, site [www.wlchch.net](http://www.wlchch.net), ou von Mehren, Arthur, "Drafting a Convention on International Jurisdiction and the effect of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed?", in 49 *Am. J. Comp. L.* 190 (2001), p. 194 e seg. e *Projet de Principes relatifs à la procédure transnationale*, in *Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme* (UNIDROIT), 1119 e seg. ou no site [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), comentário de Ferrand, Frédérique "Les 'principes' relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants? De la nécessité ou non de les assortir de 'règles' dans le projet ALI/Unidroit", in *Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme* (UNIDROIT), 2001, p. 995 e seg., ou, LIMA MARQUES, Cláudia, *Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales*, *Revue du Droit Uniforme/ Uniform Law Review* (UNIDROIT), "Harmonization Mondiale du Droit Privé et Integration économique régionale", vol. VIII, 2003-1/2, p. 465 e seg.

<sup>61</sup> Veja detalhes sobre esta tentativa e a atual situação legal no país, LIMA MARQUES, Cláudia, O novo Direito Internacional Privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior, in *DeCita - Litigio judicial internacional*, vol. 4, 2005 (Buenos Aires), p. 261 e seg.

No Foro virtual a proposta de trabalho do Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergman do Uruguai sugeriu a inclusão de artigos sobre jurisdição em uma Convenção CIDIP VII, bastante baseada no Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição para relações de consumo do Mercosul, texto que nunca entrou em vigor sequer entre os 5 países do Mercosul.<sup>62</sup> Este texto foi também apresentado pelos delegados argentinos como documento de trabalho. Algumas dúvidas persistem, se será uma “*convention double*” como a Bruxelas<sup>63</sup>, se a definição de consumidor será a mesma das normas de conflito ou diferente como aconteceu na União Européia, se só para consumidor passivo,<sup>64</sup> se permitirá a eleição de foro por contrato de adesão<sup>65</sup>, e a arbitragem internacional de consumo<sup>66</sup>, ou mesmo um processo com fases à distância como o projeto de protocolo de Santa Maria.<sup>67</sup>

Ninguém duvida da importância de estabelecer não só a lei aplicável, mas um foro mais favorável aos consumidores, daí a importância de maior cooperação entre os Estados da OEA também neste tema,<sup>68</sup> o que Fausto Pocar denominou “forum shopping” a favor da parte mais fraca.<sup>69</sup> Ocorre que o consenso sobre a matéria parece ser difícil de ser alcançado.<sup>70</sup>

Neste sentido, louvem-se as idéias de Diego Fernandez Arroyo, ao afirmar a necessidade de uma Convenção interamericana sobre jurisdição internacional em geral, incluindo temas de contratos de consumo, mas talvez em uma futura CIDIP VIII e não agora.<sup>71</sup> Afirma o delegado argentino: “*Como ha quedado aprobado el temario [para CIDIP VII], tal vez se alcance una (o varias) reglamentaciones en materia de consumidores, con particular incidencia en las relaciones entabladas por medios electrónicos, abarcando normas de competencia y de derecho aplicable. Tal idea no obsta en modo alguno al estudio de la preparación de un texto sobre competencia con alcance más general en etapas posteriores.*”

A proposta canadense preferiu redigir uma lei modelo sobre o tema, mas poucas foram as manifestações no foro apoiando esta iniciativa. A Lei modelo canadense sobre jurisdição inclui várias definições restritivas de seu campo de aplicação, exige conexões substanciais (*real and substantial connection*), permite a escolha escrita do foro, reconhece o valor do marketing para determinar o foro, mas protege apenas o consumidor passivo, que contrata a distância, excluindo de sua proteção o consumidor turista (4.3). Parece-me que o ponto

<sup>62</sup> Veja WEHNER, Ulrich, Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 38 (abr./junho 2001), p. 163 e o livro de KLAUSNER sobre o tema.

<sup>63</sup> Veja POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*. Rec. Acad. La Haye, 1984, V, p. 265 e seg.

<sup>64</sup> Assim ensina, KROPHOLLER, Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 5. Ed., Heidelberg: Verlag Recht und wirtschaft, 1996, p. 177 (Art. 13, Rdn. 1).

<sup>65</sup> WEHNER, p. 163 e 164.

<sup>66</sup> Críticas de KLAUSNER, Eduardo A. Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul- sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54 (abril-junho 2005), p. 134 e seg.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur: Ocho respuestas contra la incertidumbre, in *Revista de Derecho del Mercosur*, ano 3, n. 4, agosto de 1999, p. 43.

<sup>68</sup> Veja TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, Montevideo: FCU, 2002, p. 5.

<sup>69</sup> POCAR, p. 398.

<sup>70</sup> Assim KLAUSNER, in TIBURCIO /BARROSO, p. 375 e seg.

mais controverso desta proposta deve ser a inclusão, como modelo para todos os países das Américas, do instituto do *Forum non conveniens* em casos envolvendo consumidores (*discretion about the exercise of jurisdiction*). Em tema de proteção dos consumidores, que é considerado direito humano, a incluir o acesso à justiça, parece difícil que o modelo pelos países americanos seja justamente a liberdade do juiz de decidir se aceita ou não julgar a causas de consumo através de um o *forum non conveniens* em ações do consumidor...

A proposta atual dos EUA é ousada por incluir não só a devolução das quantias, mas também toda uma série de regulamentações sobre resolução de disputas (*Draft Proposal for a Model Inter-American Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for consumers*), mas seu espírito parece bastante protetivo dos direitos dos consumidores. Trata-se de uma Lei modelo conceitual sobre existência e acessibilidade de sistemas de resolução de controvérsias e de restituição econômica para consumidor. A proposta traz uma série de definições (consumer, business-to-consumers transactions, dispute resolution, alternative dispute resolution, redress, economic harm, consumer protection enforcement authority, disadvantaged or vulnerable consumers). Esclarece que seu objetivo é a facilitação apenas das ações dos consumidores e servir de norma complementar as leis já existentes nos países da OEA. Traz normas detalhadas sobre o acesso a um sistema de Solução de Controvérsias (incluindo online dispute resolution, a necessária proporcionalidade dos custos) e a um sistema de restituição das quantias pagas pelos consumidores (*Redress for Consumers Acting Individually, Collective And/or Representational Dispute Resolution and Redress for Common Injuries to Consumers, Governmental Dispute Resolution and Redress for Economic Harm to Consumers*).

Em resumo, concordamos com Diego Fernandez Arroyo que é possível discutir e aprovar mais de um texto na CIDIP VII, ou pelo menos reservar o tema da jurisdição para uma futura convenção geral. Minha opinião pessoal é que o consenso alcançado em matéria de regras especiais protetivas ao consumidor em matéria de conflitos de leis permitirá a elaboração de uma CIDIP VII sobre lei aplicável a alguns contratos de consumo, mas não será suficiente para a discussão e formação de algum consenso sobre o foro privilegiado do consumidor, a possibilidade de eleição de foro e de foro arbitral em disputas envolvendo consumidores. Sendo assim, para não prejudicar os esforços já empreendidos na redação e formação do consenso em matéria de regras de conflito o melhor seria separar estes dois temas e estudar a aprovação de uma das duas leis propostas de lei modelo ou estudar uma convenção sobre o tema para a CIDIP VIII. Aqui o exemplo europeu, que tratou os temas separadamente nas Convenções de Bruxelas de 1968 e de Roma de 1980, parece sábio. Com certeza, porém, a reunião preparatória da CIDIP VII em Porto Alegre trará algum avanço sobre este tema. Vejamos agora detalhes sobre a fase atual da proposta brasileira.

## II. A FASE ATUAL DA PROPOSTA BRASILEIRA DE CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE A LEI APLICÁVEL A ALGUNS CONTRATOS E TRANSAÇÕES COM CONSUMIDORES

Para concluir gostaria de analisar a fase atual da proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a lei aplicável a alguns contratos e transações com consumidores, dividindo minhas observações em duas partes. A primeira dedicada ao campo de aplicação desta proposta e seu preâmbulo e a segunda as normas sobre lei aplicável ou normas principais para os contratos internacionais de consumo, em geral e em especial.

### A) Campo de aplicação da futura CIDIP VII de proteção dos consumidores e métodos de Direito Internacional Privado escolhidos

A proposta brasileira consta apenas de 7 artigos, e um preâmbulo (por sugestão das delegadas de El Salvador y do expert Velasco San Martin),<sup>72</sup> estão sendo elaboradas as normas finais de praxe das CIDIPs.<sup>73</sup> Vejamos o seu campo de aplicação.

#### 1. Campo de aplicação subjetivo: concentração total na definição de consumidor

A norma sobre o campo de aplicação subjetivo (art. 1) se concentra total e exclusivamente na definição de consumidor, sujeito de direito vulnerável e leigo, que se encontra frente a um profissional ou fornecedor de produtos ou serviços (não definido na proposta brasileira).

<sup>72</sup> FERNANDEZ ARROYO, Diego. Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional, in *DeCita – Litigio judicial internacional*, vol. 4, 2005 (Buenos Aires), 80 e seg.

<sup>73</sup> No original: “Los Estados Partes de esta Convención, REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al consumo internacional como forma de garantizar mayor previsibilidad para el comercio internacional en la región y mayor seguridad jurídica para los consumidores, de acuerdo con la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (Guidelines for Consumer Protection, 16. April 1985); CONSIDERANDO el crecimiento exponencial de contratos y transacciones entre consumidores y profesionales o proveedores de bienes y servicios en la región, y que para estimular este proceso es necesario tener en cuenta las nuevas características de deslocalización de las transacciones de consumo, el aumento del turismo de masas y la complejidad de los nuevos contratos de consumo con contactos en varios Estados, creando nuevos instrumentos jurídicos que estimulen la confianza del consumidor en los contratos internacionales de consumo, HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención”.

<sup>74</sup> No original: [Disposiciones generales y finales. Art...Exclusión del reenvío – Por la aplicación de la ley de un país determinado por esta convención se entenderá la aplicación de las normas de derecho en vigor en este país, con exclusión de las normas de derecho internacional privado. Art...Para facilitar la aplicación de esta Convención, el Departamento de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA mantendrá en su página de Internet, un espacio de consulta de las leyes que versen sobre la defensa de los consumidores y contratos de consumo, las que serán enviadas por los Estados partes. Cada uno de los Estados partes podrá designar una Autoridad Central para facilitar la información sobre las leyes extranjeras y nacionales de protección de los consumidores y sus modificaciones. En Estados Federados será posible designar más de una Autoridad Central. [Orden público del foro – Art. 18 CIDIP V] Prohibición de reservas – contra el art. 21 de la CIDIP V. Reglas finales del Proyecto Tellechea, arts. 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 de la CIDIP V].

Concorde-se com TONIOLLO, quando afirma que o conceito de consumidor, para o DIPr., deve ter uma necessária amplitude “*para comprender las variadas situaciones necesitadas de tutela*”.<sup>74</sup> A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável a obrigações contratuais, ainda em vigor na UE, em seu Art. 5 define “contratos concluídos com consumidores”, como os que tem por finalidade fornecer ou abastecer uma pessoa para um uso que possa considerar-se alheio a sua atividade profissional.<sup>75</sup> A proposta brasileira não traz definição de contratos internacionais de consumo.<sup>76</sup> A proposta não define relação de consumo, preferindo agora usar a expressão tradicional “contratos com consumidores” ou contratos de consumo.

Neste sentido, parece-me que as características dos consumidores que seriam aceitáveis por um maior número de países seria a de sua *não-profissionalidade*, de *pessoa física* (a lembrar o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de *contratante* ou *usuário final* (no caso do turista ou usuário dos serviços online) e de *vítima defeitos ou vícios de produtos e serviços*.<sup>77</sup> Importante destacar também que, de forma geral reconhece-se, uma definição de consumidor “relacional”, isto é, que este *status* pontual e efêmero realmente só ocorre frente a um agente econômico profissional, o fornecedor, a empresa, o comerciante, em relações profissional-leigo (art. 1 da proposta) e não em relações profissional-profissional ou leigo-leigo (art. 5 da proposta).<sup>78</sup>

Nossa sugestão de definição de consumidor seria:

1. *A los efectos de esta Convención se entiende por Consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional.*

Parece-me necessário proteger também os terceiros da família e acompanhantes, usuários diretos e também não profissionais, pelo que se sugere incluir uma regra de ampliação do campo de aplicação das normas usando a expressão “destinatário final” (*Endverbraucher*):

2. *Se consideran también consumidores a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes (bystanders), que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales.*

<sup>74</sup> TONIOLLO, p. 95.

<sup>75</sup> JAYME/KOHLER, IPR-Texte, p. 107.

<sup>76</sup> Se uma tal definição fosse necessária, inspirado no anual projeto de ley de derecho internacional privado argentina poderíamos imaginar a seguinte definição: “Art. ... *Por contrato internacional de consumo se comprende el celebrado entre un consumidor y un profesional o proveedor de productos o servicios, contrato que tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, la contratación a distancia internacional y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato.*”

<sup>77</sup> Assim também BENJAMIN, p. 500.

<sup>78</sup> Assim o é no ordenamento jurídico da Itália, França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, examinados em detalhes por KLESTADOSI, Laurence, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, nov.dic.1997, p. 669 a 675. Sobre a repercussão destas idéias nos países do Mercosul, veja RIVERA, Julio César, *Interpretación del Derecho comunitario y noción de consumidor - dos aportes de la Corte de Luxemburgo*, in *La Ley*, Buenos Aires, 1998, p. 520 e seg.

E ainda sugere-se, uma norma especial para a definição de consumidor específica para o contrato de multipropriedade ou time-sharing:

3. Para el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido, se considerarán consumidores:

a. el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a contratar un viaje combinado o no, o un tiempo compartido para su uso propio;

b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales contrata o se compromete el contratante principal a contratar el viaje o paquete turístico y los que usufructúan del viaje o del tiempo compartido por algún espacio de tiempo, aunque no sean contratantes principales;

c. el cesionario o la persona física o jurídica a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;

Já o Art. 1.4 da proposta traz uma regra de abertura sistemática na definição (norma de ajuda ou *Hilfsnormen*), para o caso da lei conectada em abstrato ou a indicada aplicável (*lex causae*) definir de maneira mais ampla o consumidor (por exemplo, incluindo as pessoas jurídicas ou outros sujeitos “equiparados” a consumidores como os art. 2, 17 e 29 do CDC brasileiro). Neste caso, o juiz pode (faculdade) ter em conta esta extensão do campo de aplicação da convenção, se for mais favorável aos interesses do consumidor. O texto é o seguinte:

4. Si una ley conectada con el caso o indicada como aplicable por esta convención definiere de forma más amplia o beneficiosa quien debe ser considerado consumidor o quien se equipara a otros agentes como consumidores; o el juez competente puede tener en cuenta esta extensión del campo de aplicación de la convención, si es más favorable a los intereses del consumidor.

O Art. 1.4 é útil principalmente para países como o Brasil em que muitas vezes o juiz de primeiro grau ou dos juzados especiais (*small claims*) executa apenas a qualificação pela *lex fori* (apesar da menção à qualificação excepcional pelo art. 9 da LICC/42) e não se recorda de qualificar pela *lex causae* (até mesmo porque as remissões a outras leis ou qualquer renvio continuam proibidos pelo Art. 16 da LICC/42). Sendo assim, esta regra de possibilidade de “qualificação” pela *lex causae*,<sup>79</sup> se “favor consumidor” pode ser importante na prática da futura CIDIP VII.

<sup>79</sup> Veja uma defesa da qualificação pela *lex causae*, apesar de suas dificuldades, in ELHOUEISS, Jean-Luc. Retour sur la qualification *lex causae* en droit international privé, *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClassique*, J.D.I., avril-juin 2005, p. 281-313.



Evitamos também definir as próprias conexões, como domicílio, lei do lugar da celebração do contrato etc. Estas encontram-se definidas em algumas CIDIPs, como o domicílio,<sup>80</sup> ou pelas leis nacionais. Deste modo, entendemos que a única definição realmente necessária é do sujeito protegido, o consumidor e que isto facilitaria a aprovação por um maior número de países da Convenção. Neste sentido, a definição principal de consumidor (art.1,1) inclui apenas as pessoas físicas e evita termos indeterminados, como “destinatário final” (presente apenas nas equiparações do art. 1,2). Definições especiais de consumidor em matéria de contratos de time-sharing<sup>81</sup> e de pacotes de viagem ou turísticos (*viagem combinada*)<sup>82</sup> foram necessárias, segundo a larga experiência europeia e vêm aqui aceites. O art. 1,4 da proposta brasileira abre espaço para o juiz considerar como consumidor os demais agentes como consumidores, conforme a *lex contractus*. Sendo assim a parte de definições da proposta é mínima e este “minimalismo” pode ajudar a aprovar em um maior número de Estados a futura convenção.

## 2. Campo de aplicação material: as exclusões

A delimitação do campo de aplicação *ratione materiae* começava pelo título, inspirado na proposta de Haia, “*una convención sobre algunos contratos de consumo internacional*”, mas hoje retirei a expressão inicial “relações de consumo”, que se comprovou não estar ainda consolidada internacionalmente e cuja definição poderia prejudicar alguns consumidores ou a própria aceitação da convenção. Preferi, assim, pelo momento, colocar o tema como apenas de “contratos com consumidores” aproximando da expressão em língua inglesa “*consumer contracts*”. A menção a expressão “contratos” é da essência da proposta brasileira, que não se volta para delitos ou atos ilícitos, onde há maior número de regras em Convenções internacionais (como as oriundas da Conferência de Haia sobre fato do produto e mesmo projetos na própria OEA sobre acidentes catastróficos que podem ser de consumo), mas a proposta brasileira, ao contrário da Canadense inclui contratos concluídos fora do comércio eletrônico. Considero que é oportuno que o esforço atual da OEA, seja aproveitado para regular o maior número possível de contratos de consumo, de fornecimento de produtos (projeto Haia de 1980) e de serviços (propostas EUA e Canadá), pois mesmo se a venda ainda é o mais comum destes contratos internacionais de consumo (principalmente para o consumidor turista, art. 2.2), no comércio eletrônico na região a cessão de direitos de bens informáticos e de lazer (músicas, filmes, jogos etc.) cresce em importância (art. 2.1), assim como o time-sharing ou multipropriedade (art. 7) e os contratos de viagem combinada ou pacotes turísticos (art. 6).

<sup>80</sup> Assim SIQUEIROS, José Luis, *Contribución de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado*, XIII Curso de Derecho Internacional, Secretaría General, OEA, 1987, p. 170, veja também ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *A convenção Interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado*, in CASELLA, Paulo Borba e ARAÚJO, Nádia (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana - As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, Ltr, São Paulo, 1998, p. 217 e seg.

<sup>81</sup> Veja-se Directiva 94/47/CE – Multipropriedade.

<sup>82</sup> Veja-se TALE, Camilo. *Contrato de viaje*, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 76. WEINGARTEN, Celia e GHERSI, Carlos A. *Contrato de Turismo*. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 2000, p. 81; GARCÍA RUBIO, María Paz. *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje (en el contrato de viaje combinado)*, Madrid: Ed. Montecorvo, 1999, p. 25 e ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. *A responsabilidade jurídica das agências de viagem*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 16.

A proposta brasileira de CIDIP deve se aplicar a todos os contratos internacionais de consumo, daí a importância do art. 5 que regula as exclusões desta campo de aplicação material da convenção. Ficam excluídos as obrigações contratuais excluídas expressamente do campo de aplicação da CIDIP V sobre contratos internacionais (relações trabalhistas etc.), os contratos de transporte (simples) regulados por Convenções Internacionais; os contratos de seguros; e os contratos comerciais internacionais entre comerciantes ou profissionais, as questões societárias, sobre nomes de domínio da internet e os acordos sobre foro e arbitragem. Não mais se exclui, visando o futuro, e a crescente importância dos contratos de serviços financeiros de consumo, estes, inclusive no mercado de capitais e bolsas,<sup>83</sup> somente exclui-se “os demais contratos e relações de consumo, e as obrigações daí resultantes, envolvendo consumidores regulados por convenções específicas.”

O texto é o seguinte:

### **Art. 5. Temas excluídos**

*1. Quedan excluidos del campo de aplicación de esta Convención:*

- a. los contratos de transporte regulados por Convenciones Internacionales;*
- b. los contratos de seguros y reaseguros;*
- c. las cuestiones derivadas del estado civil de las personas y la capacidad de las partes;*
- d. las obligaciones contractuales que tuviere como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;*
- e. los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;*
- f. las cuestiones de derecho societario, de seguridad social, laborales y sobre nombres de dominio;*
- g. los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;*
- h. los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos y análogos;*
- i. los demás contratos y relaciones de consumo, y las obligaciones de ellos resultantes que, incluyendo consumidores, se encuentren regulados por convenciones específicas o que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados de esta Convención;*

### **B) As principais regras da proposta**

Cabe-nos agora apresentar as regras principais da proposta, os art. 2, 6 e 7 sobre lei aplicável (regra geral e regras para contratos especiais) e os art. 3 e 4 sobre execuções a esta lei

<sup>83</sup> Sobre o tema veja KRONKE, Herbert. Capital markets and conflict of laws, in *Recueil des Cours* 2000, tomo 286, p. 265-266.

aplicável (normas imperativas e cláusula escapatória). Completar o sistema da CIDIP V, com uma regra de autonomia da vontade limitada e a indicação da lei mais favorável ao consumidor é seu objetivo da proposta brasileira de forma a assegurar maior confiança dos consumidores no comércio internacional de consumo na região. Como ensina Adriana Dreyzin de Klor: *“La protección del consumidor o más concretamente, los contratos entre los consumidores y proveedores de bienes y servicios preocupan especialmente en el sentido de que no pueden quedar librados con exclusividad al arbitrio de las partes ante las notorias asimetrías que los caracterizan.”*<sup>84</sup>

### 1. Combinação da lei mais favorável ao consumidor com autonomia da vontade limitada

Nas Américas muitos países ainda têm dificuldades em aceitar a autonomia de vontade<sup>85</sup> como conexão mais usada no comércio internacional, entre eles o Brasil. É assim que a CIDIP do México de 1994 ainda não está ratificada por muitos países. Erik Jayme, porém, ensina que a autonomia da vontade pode ser um fator de fomento ao comércio e de confiança do consumidor, se bem limitada ou como instrumento a favor da proteção da pessoa humana-consumidor,<sup>86</sup> é o que se pretende no projeto.

Na proposta brasileira a autonomia da vontade somente será aceita se for mais favorável para o consumidor (art.2,1) ou de forma muito limitada mesmo para turistas (art. 2,2). Assim, se o fornecedor desejar, em seus contratos de adesão redigidos prévia e unilateralmente por seu departamento jurídico, escolher previamente a lei aplicada a estes contratos para o comércio eletrônico na região ou para turistas deve atear-se aos limites do art. 2 (alternativos elementos de conexão objetivos). Se escolher a lei de um outro Estado não conectado, caberá ao juiz determinar o uso da conexão mais favorável ao consumidor, aplicando então a lei de seu domicílio (elemento de conexão objetivo subsidiário e elemento principal de comparação material). TONIOLO considera que estas alternativas limitadas alcançam o fim material desejado pelo novo DIPriv materialmente orientado: *“Las elecciones alternativas son un adecuado instrumento de protección desde que permiten dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías.”*<sup>87</sup>

Outro caminho seria utilizar a lei comum aos parceiros contratuais, mas como as grandes empresas possuem filiais em todos os países das Américas, esta lei acabaria por mandar aplicar sempre o domicílio do consumidor, seja ele turista (consumidor-ativo) ou tenha realizado um contrato a distancia do comércio eletrônico (consumidor-passivo).

<sup>84</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, Derecho Aplicable al comercio electrónico, in *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América: De la CIDIP VI a la CIDIP VIII*, Org. Diego Fernández Arroyo e Fabio Mastrángelo, Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 104.

<sup>85</sup> NIBOYET, J.P., La théorie de l'autonomie de la volonté, *Recueil des Cours*, 1927, I, tomo 16, p. 5: *“Sans aucune exagération on peut considérer que la théorie de l'autonomie de la volonté est actuellement la plus difficile de tout droit international privé.”*

<sup>86</sup> JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir./UFRGS*, vol. I, n.1, março 2003, p. 97.

<sup>87</sup> TONIOLO, p. 99.

Na Suíça, optou-se (art. 120 LDIP) pela conexão fixa na residência habitual do consumidor, proibindo-se a eleição da lei, se o fornecedor recebeu o pedido (comanda) neste Estado (Estado comum do fornecedor e do consumidor) ou se a venda foi precedida de uma oferta ou publicidade ou atividade de marketing (telefonema, envio de e-mail, publicidade em meios de telecomunicação etc.) naquele país (consumidor-passivo). Esta exclusão total da autonomia da vontade pode ser prejudicial ao crescimento dos negócios internacionais de consumo, sendo assim o caminho de meio sugerido pela doutrina alemã, parece ser melhor: uma autonomia da vontade limitada e sujeita à decisão do juiz, se a lei escolhida pelo fornecedor foi a mais favorável ao consumidor ou não, caso em que usará a conexão do domicílio do consumidor (conexão mais aceita nas CIDIPs). Como vimos, optou-se por manter a conexão tradicional das CIDIPs, o domicílio, sem defini-lo (para incentivar a assinatura da CIDIP específica), mas a residência habitual pode ser utilizada também, como o foi na União Européia, a depender das futuras negociações.

Assim, na proposta que elaborei o artigo 2 é o artigo principal de proteção contratual geral do consumidor passivo, que contrata à distância (Art.2, 1) e do consumidor turista ativo (Art. 2,2). No primeiro caso (art.2.1), há uma conexão alternativa (Toniollo) mista (Jayme), ou a *lei do país de domicílio* do consumidor ou a *lei mais favorável ao consumidor*, escolhida no contrato (geralmente redigido prévia e unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços), logo, uma conexão aberta, que permite de forma limitada autonomia da vontade, mas que lista (limite) as conexões de escolha possível (lei suíça adaptada).

Parece-me muito importante manter a autonomia da vontade (previsibilidade mínima prévia), mas também evitar o abuso (segurança jurídica). O abuso será examinado em última análise pelo juiz, a criar certa insegurança para o mal fornecedor internacional. Neste sentido, a lista de conexões objetivas evita o abuso, indica a proximidade aceita e é pedagógica (ou narrativa, segundo Jayme), pois esclarece que também as conexões do domicílio ou sede do fornecedor (ou do lugar de celebração do contrato ou do lugar de execução do contrato) podem ser “mais favoráveis ao consumidor” em princípio (por exemplo, se um consumidor na Bolívia, que ainda não possui legislação específica de proteção dos consumidores em direito interno compra, por Internet, um produto informático nos EUA, a legislação estadual norte-americana escolhida pelo fornecedor será mais favorável a este consumidor). As discussões do *Forum* de Expertos da OEA levaram a criar regras especiais para facilitar a escolha da lei, inclusive depois do litígio.

A proposta ainda tem dois graus ou intensidades de autonomia da vontade em DIPriv: um maior, para os contratos concluídos pelo consumidor turista (Art. 2.2) e um menor, para os contratos à distância, quando o consumidor está em seu país de domicílio (consumidor-passivo). A idéia principal é incentivar a escolha prévia (na prática, pelo fornecedor) da lei mais favorável ao consumidor, dentre as mencionadas no art.2,1 e 2.2, sendo que os elementos de conexão são diferentes. Assim, os principais elementos de conexão objetivos e subsidiários são o *domicílio do consumidor*, no art. 2.1 (Lorenzetti) e o *lugar da celebração do contrato* para o consumidor turista, no art. 2.2 (lei argentina e brasileira). a proposta atual inclui regras sobre e para a facilitação da escolha da lei mais favorável, que deve ser estatal.

O texto atual desta regra de *favor consumidor* com autonomia da vontade limitada é seguinte:

## Art. 2 - Protección contractual general – Determinación del derecho aplicable

1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones, por teléfono o por cualquier otro medio análogo, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, la ley del domicilio del consumidor o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. En caso de no elección se regirán por la ley del domicilio del consumidor.

2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor. En caso de no elección se regirán por la ley del lugar de celebración.

3. La elección de las partes de la ley [estatal] aplicable al contrato de consumo debe ser expresa y contenida en el contrato mismo. En caso de elección por el proveedor para adhesión por el consumidor, la ley elegida como aplicable debe estar expresa de forma clara en las informaciones previas al consumidor. En caso de elección on line o a distancia por el consumidor, deben ser informadas las opciones de leyes a elegir de forma clara en las informaciones previas al consumidor.

4. En caso de elección previa de la ley aplicable, las partes pueden elegir solamente una ley [estatal] aplicable al contrato.

[5. Las partes pueden, después de iniciado el conflicto o disputa, elegir en cualquier momento una ley distinta de aquella prevista en forma expresa en el contrato, si lo hicieran de común acuerdo y dentro de las opciones de los incs.1 y 2 de este artículo. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

[6. Las condiciones de existencia y validez sustancial del consenso y consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la ley del foro.]

Concluindo, na evolução de meu pensamento, este artigo 2 parece-me assim ser suficientemente flexível e alternativo para uma regra “de favor consumidor”, para alcançar o seu fim material que é a proteção do consumidor mesmo se ele não fará –faticamente - a escolha da lei (princípio do favorecimento<sup>88</sup> ou *Günstigkeitsprinzip*).<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Veja ARAÚJO, Nádia, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31 e GALVÃO TELLES, p. 193 e seg.

<sup>89</sup> Veja sobre *favor negotii, favor matrimonii, favor legitimatis*, KROPHOLLER, Jan, *Internationale Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990, p. 120 a 122.

Por fim, mencione-se que se a meta desta Proposta de Convenção apresentada pelo Brasil é, em resumo, fixar bases legais claras e através de regras especiais de DIPRiv para este fenômeno especial e crescente do comércio internacional que pode ser denominado de novo “consumo internacional” de massas, consumo à distância e por meio eletrônico sem sair de seu país de residência habitual ou de domicílio, assim como através do novo turismo de massas que leva o consumidor a adquirir produtos e serviços fora de seu domicílio ou residência habitual, teve de incluir normas especiais para contratos novos e complexos de consumo.

A proposta assim regula de forma especial os contratos de time-sharing ou multipropriedade (art. 6 da proposta) e os contratos de pacotes de viagem ou viagens combinadas (art. 7 da proposta)<sup>90</sup>, todos relações privadas de consumo que ultrapassam fronteiras<sup>91</sup> ou são internacionais por essência, seja pelo fato do serviço múltiplo estar ligada a uma propriedade em outro país ou a um grande número de prestadores de serviços estrangeiros (durante a execução do pacote) e nacionais (agências de turismo e de organização de pacotes de viagem), seja por suas demais características pós-modernas (Jayme) mereceram também regulamentação especial na União Européia. As conexões são especiais, para os pacotes turísticos é o domicílio do consumidor se coincidente com a sede ou filial da agência de viagens, nos demais casos, a lei do lugar da aceitação da proposta como lei do lugar da celebração. Na multipropriedade, a concentração da norma é na proteção trazida pela cumulação de normas e em tornar juridicamente relevantes os métodos agressivos de marketing hoje utilizados, valorizando-os como proximidade com aquele país onde ocorreram.

Estas regras especiais para contratos de consumo internacional *suá generis* ou complexos como multipropriedade e pacotes turísticos ou de viagens são as seguintes:

## II. PROTECCIÓN EN SITUACIONES ESPECÍFICAS

### *Art. 6 - Contratos de viaje y turismo*

1. *Los contratos de viajes individuales contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos, serán regulados por la ley del lugar del domicilio del consumidor, si éste coincidiese con la sede o filial de la agencia de viajes con la que se celebró el contrato de viaje o donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier negociación previa por parte del comerciante, transportador, agente o de sus representantes autónomos.*

<sup>90</sup> Veja-se, sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo, *Multipropriedade Imobiliária*, Saraiva, São Paulo, 1993 e LORENZETTI, Ricardo L. e LJMA MARQUES, Claudia. *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.523-560.

<sup>91</sup> Veja RUGAUX, François, Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *RCADI*, 1989-I, t. 213, p. 19 e seg.

2. En los demás casos, a los contratos de viajes individuales contratados en paquete o combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos será aplicable la ley del lugar en el cual el consumidor emite su aceptación contractual.

3. Los contratos de viajes no regulados por convenciones internacionales, concluidos a través de contratos celebrados por adhesión o condiciones contractuales generales, será aplicable la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación contractual.

### **Art. 7 - Contratos de tiempo compartido**

1. Las normas imperativas de protección de los consumidores del país en el cual se encuentren localizadas físicamente las instalaciones de esparcimiento y de hotelería que utilicen como método de venta, de uso o de habitación el contrato de tiempo compartido, localizados en los Estados Partes, se aplicarán acumulativamente a estos contratos, a favor del consumidor.

2. Las normas del país en que fue realizada la oferta, la publicidad o cualquier actividad de marketing, tales como llamadas telefónicas, invitaciones a participar de recepciones, reuniones, fiestas, envío de premios, realización de sorteos, estadías o ventas gratuitas, entre otras actividades realizadas por los representantes o por los propietarios, organizadores o administradores de tiempos compartidos o la suscripción de precontratos o contratos de tiempo compartido o derechos de uso por turno de bienes inmuebles, deberán ser consideradas a favor del consumidor, tanto la información, el derecho de arrepentimiento y sus plazos, así como las causas de rescisión del contrato o precontrato, la determinación del exacto contenido del contrato celebrado y la posibilidad o no de pago o de firma de cupones de tarjetas de crédito en este período.

### **2. Limites à autonomia da vontade: normas imperativas e cláusula escapatória ou de exceção**

Completem a proposta um artigo sobre aplicação de normas imperativas (art. 3), inspirada na Convenção de Roma de 1980, e uma Cláusula escapatória (*clause échappatoire*) ou em espanhol “de excepción”, inspirada na Lei suíça de 1987 e algumas normas indicando a harmonização das leis indicadas aplicáveis. A cláusula escapatória de abertura do sistema para as demais conexões não previstas inicialmente a favor consumidor (art. 4) tem o seguinte texto:

### **Art. 4. Cláusula de excepción y de armonización**

1. La ley indicada como aplicable por esta Convención puede no ser aplicable en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con la ley indicada como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otra ley más favorable al consumidor.

2. El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

3. *Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas de manera armónica, procurando realizar los fines coligados por cada una de las referidas legislaciones, siempre a favor del consumidor. Las dificultades que fueran causadas por su aplicación simultánea serán resueltas teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la protección del consumidor y equidad del caso concreto.*

De outro lado o art. 3 se ocupa dos casos em que a legislação do foro (*Lex fori*) aplica-se apesar da lei escolhida no art. 2, tanto para o consumidor passivo como para o ativo. Em caso de uso de marketing frente ao consumidor passivo ou ativo, o art. 3.2 propõe claramente a cumulação de leis aplicáveis. Isto é, pela proposta, ao utilizar estas formas de marketing assume o profissional o risco de ver aplicado a este contrato, cumulativamente, a lei do domicílio do consumidor, que é a lei que este conhece e “espera” (expectativa agora legítima) que venha a ser aplicada. O texto é o seguinte:

### **Art. 3 Normas imperativas**

1. *No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor.*

2. *En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier negociación o actividad de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo.*

Mencione-se, por fim, que a proposta brasileira evita tratar do momento pré-contratual típico dos contratos com consumidores.<sup>92</sup> Evitou-se redigir uma norma sobre forma, informações e direito de arrependimento dos consumidores (período de reflexão ou *cooling-off-period*), que ficam apenas sob a égide dos art. 3 e 4 da proposta.<sup>93</sup>

Particularmente, penso que se os delegados considerarem necessária uma norma de forma geral, ela deveria ser a favor do consumidor e alternativa. Examinando as leis europeias, como por exemplo a lei suíça, observamos que a norma pretende um *favor validatis* ao determinar, quanto a validade, a possibilidade do contrato satisfazer ou a *lex causae* ou a lei do lugar de conclusão do contrato. A opção da proposta de CIDIP é mais simples e deixa mais espaço para a lei nacional ou o direito interno decidir se as informações prévias (e o

<sup>92</sup> Sobre o desequilíbrio e as falhas de mercado neste momento, veja GRUNDMANN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 58, abril-junho 2006, p. 275-304.

<sup>93</sup> A regra europeia encontra-se no art. 3 número 4 da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 271/16. Agradeço a sugestão e o texto enviado por meu mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, como colaboração às discussões da proposta brasileira de CIDIP.



direito de arrependimento ou *cooling-off-period* que está intimamente ligado a estas informações) é tema de ordem pública positiva (lei de polícia) ou não para aquele país; e se for, será esta a lei aplicada pelo artigo 3, se não for, a lei do contrato as regulará sozinha, a depender da qualificação. A opção da proposta de CIDIP é assim mais concisa (através da qualificação) e elegante (uso da ordem pública positiva), sem ser impositiva onde os países americanos, em seu direito material e constitucional ainda não decidiram a natureza imperativa ou não destas normas protetivas dos consumidores em DIPriv.

Hoje parece-me preferível não tornar a proposta muito complexa e manter apenas uma norma clara autorizando o juiz a utilizar as suas regras imperativas (Art. 3 da Proposta) e a da *lex contractus*, sempre a favor do consumidor. Desta forma, evita-se que o fornecedor possa fugir destas normas imperativas (forma, informações, períodos de reflexão etc.), mas se permite a previsibilidade através da escolha prévia da lei pelo fornecedor em seus contratos de adesão. A cláusula escapatória do art. 4, entraria em ação quando as outras conexões falharam na proteção do consumidor.

Sem poder concluir este artigo de maneira tradicional, já longo demais, gostaria de exprimir minha esperança que esta proposta de CIDIP VII consiga conciliar a pluralidade de métodos do Direito Internacional Privado atual, com a tradição das CIDIPS e a vontade de evoluir na proteção do consumidor em matéria de conflitos.

## **Anexo I – NUEVA PROPUESTA BRASILEÑA PARA LA CIDIP VII DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES**

**Elaborada** por Cláudia Lima Marques,

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Doctora en Derecho Universidad de Heidelberg,

Master en Derecho Civil y Derecho Internacional Privado, Universidad de Tübingen y Especialista en Integración Europea, Europa-Institut, Saarbrücken

Board de la Association Internationale de Droit de la Consommation, Bélgica y Directora del Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor- Brasil.

Propuesta de Convención Interamericana sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo internacionales.

Preámbulo.

Los Estados Partes de esta Convención,

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al consumo internacional como forma de garantizar mayor previsibilidad para el comercio internacional en la región y mayor seguridad jurídica para los consumidores, de acuerdo con la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (Guidelines for Consumer Protection, 16. April 1985);

CONSIDERANDO el crecimiento exponencial de contratos y transacciones entre consumidores y profesionales o proveedores de bienes y servicios en la región, y que para estimular este proceso es necesario tener en cuenta las nuevas características de deslocalización de las transacciones de consumo, el aumento del turismo de masas y la complejidad de los nuevos contratos de consumo con contactos en varios Estados, creando nuevos instrumentos jurídicos que estimulen la confianza del consumidor en los contratos internacionales de consumo,

[Opción de considerando 3: CONSIDERANDO el crecimiento exponencial de contratos y transacciones entre consumidores y profesionales en la región, y que para estimular este proceso es necesario facilitar esta contratación con un marco jurídico claro y estimular la confianza del consumidor en los contratos internacionales de consumo,]

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

**Fuente:** Sugerencia del Forum OAS, en especial de las delegadas de la República de El Salvador en el Forum de Expertos. Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales. Doctrina brasilera, argentina y alemana sobre comercio electrónico, en especial Lorenzetti/Lima Marques, Fuhrmann y Jayme.

## CAPÍTULO PRIMERO

### I. REGLAS GENERALES

#### Ámbito de aplicación

#### Art. 1 - Definición de Consumidor

1. A los efectos de esta Convención se entiende por Consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional.

**Modificaciones:** Sugerencia de Adriana Dreyzin de Klor y Paula All de incluir proveedor de bienes y servicios.

2. Se consideran también consumidores a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes (bystanders), que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales.

**Opción para personas jurídicas:** [2b. Excepcionalmente, se consideran también consumidores a las personas físicas o sus representantes legales y a las personas jurídicas, que adquieran, almacenen, utilicen o usufructúen los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales, sin integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.]

[Fuente: Sugerencia argentina en el Foro, Propuesta por Tellechea Bergmann]

[3b. En los casos que la persona actúe, al mismo tiempo, con fines que pertenezcan a su actividad profesional y de consumo (dual-use-contracts), no se considerará como consumidor.]

[Fuente: discusión europea del dual-use-contracts. Sugerencia de Thomas Richter].

3. Para el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido, se considerarán consumidores:

a. el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a contratar un viaje combinado o no, o un tiempo compartido para su uso propio;

b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales contrata o se compromete el contratante principal a contratar el viaje o paquete turístico y los que usufructúen del viaje o del tiempo compartido por algún espacio de tiempo, aunque no sean contratantes principales;

c. el cesionario o la persona física o jurídica a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;

Opción para personas jurídicas:

3. Para el caso de los contratos de viaje (paquete turístico y tiempo compartido), se considerarán consumidores:

a. el contratante o la persona que compra o contrata un viaje combinado, o paquete turístico o un tiempo compartido para su uso propio o de terceras personas físicas;

b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales contrata o se compromete el contratante principal a contratar el viaje o paquete turístico y los que usufructúen el viaje o el tiempo compartido por algún espacio de tiempo, aunque no sean contratantes principales;

c. el cesionario o la persona física o jurídica a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;

[Fuente: tentativa de adaptación de la propuesta brasileña de inclusión de las personas jurídicas como consumidoras].

4. Si una ley conectada con el caso o indicada como aplicable por esta convención definiese de forma más amplia o beneficiosa quien debe ser considerado consumidor o

quien se equipara a otros agentes como consumidores; o el juez competente puede tener en cuenta esta extensión del campo de aplicación de la convención, si es más favorable a los intereses del consumidor.

**Modificación:** Sugerencia del Dr. Thomas Richter (Hamburgo-UFRGS) para aclarar que la Convención se aplica en estos casos.

### **[Opción para el ámbito material de la Convención:**

Art. 1b. Definición de contrato o transacción internacional de consumo.

1. Por contrato y transacción internacional de consumo se comprende el acto celebrado entre un consumidor y un profesional o proveedor de productos o servicios, que tiene contactos objetivos con más de un Estado.

2. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, la contratación a distancia internacional y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato o transacción.

Fuente: Propuesta de Tellechea Bergmann. Proyecto Argentino de LDIP.]

### **Opción por definir también la conexión del domicilio:**

[Art. 1c. Definición de domicilio del consumidor. El domicilio del consumidor persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. En ausencia de ésta, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia o el lugar donde se encontrare; 3. Para las personas incapaces será el domicilio de sus representantes legales, excepto en caso de abandono.].

[Fuente: Propuesta de Tellechea Bergmann; CIDIP sobre domicilio de las personas físicas].

## **Art. 2 - Protección contractual general – Determinación del derecho aplicable**

1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones, por teléfono o por cualquier otro medio análogo, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, la ley del domicilio del consumidor o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios. En caso de no elección se regirán por la ley del domicilio del consumidor.

**Modificaciones:** Sugerencia de retirar la expresión “prestación característica” de Nádía de Araújo. Sugerencia de Neutralidad tecnológica de Paula All, Adriana Dreyzin de Klor y de la propuesta inicial de Canadá. Por sugerencia del Foro de expertos, completar el art. 2, con un punto fijo de conexión, en caso de no elección por las partes.

2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se registrarán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor. En caso de no elección se registrarán por la ley del lugar de celebración.

**Modificaciones:** Sugerencia de Heinz-Peter Mansel de completar el art. 2, con un punto fijo de conexión, en caso de no elección por las partes.

3. La elección de las partes de la ley [estatal] aplicable al contrato de consumo debe ser expresa y contenida en el contrato mismo. En caso de elección por el proveedor para adhesión por el consumidor, la ley elegida como aplicable debe estar expresa de forma clara en las informaciones previas al consumidor. En caso de elección *on line* o a distancia por el consumidor, deben ser informadas las opciones de leyes a elegir de forma clara en las informaciones previas al consumidor.

**Fuente:** Modificación del art. 7 de la CIDIP V. Opinión brasilera sobre el actual Art. 3 de la Convención de Roma de 1980 y doctrina europea sobre la propuesta de nueva Roma I. Sugerencia de norma sobre estatuto de la información de Erik Jayme, del Art. 3 número 4 de la DIRECTIVA 2002/65/CE. Sugerencia de Nádia de Araújo sobre la posibilidad de elección *on line*.

4. En caso de elección previa de la ley aplicable, las partes pueden elegir solamente una ley [estatal] aplicable al contrato.

**Fuente:** Opinión sobre el actual Art. 3 de la Convención de Roma de 1980. Opinión sobre la propuesta de Reglamento Roma I. Comentarios de Erik Jayme sobre el caso de la elección of the “The Glorious Sharia” o principios de la ley islámica (JAYME, Erik. Choice-of-law clauses in international contracts: some thoughts on the reform of art.3 of the Rome Convention, in Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado, Almedina, 2005, p. 53-61). Doctrina de combate al *depêchage*.

[5. Las partes pueden, después de iniciado el conflicto o disputa, elegir en cualquier momento una ley distinta de aquella prevista en forma expresa en el contrato, si lo hicieran de común acuerdo y dentro de las opciones de los incs.1 y 2 de este artículo. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

**Fuente:** Sugerencia de los delegados argentinos en el Foro de Expertos. Art. 8 de la CIDIP V, con modificaciones].

[6. Las condiciones de existencia y validez sustancial del consenso y consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se registrarán por la ley del foro.

**Fuente:** Art. 12 de la CIDIP V, con modificaciones.]

### **Art. 3 Normas imperativas**

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor.

2. En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier negociación o actividad de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo.

### **Art. 4. Cláusula de excepción y de armonización**

1. La ley indicada como aplicable por esta Convención puede no ser aplicable en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con la ley indicada como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otra ley más favorable al consumidor.

2. El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

**Fuente:** art. 2 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, CIDIP V, México 1994.

3. Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas de manera armónica, procurando realizar los fines coligados por cada una de las referidas legislaciones, siempre a favor del consumidor. Las dificultades que fueran causadas por su aplicación simultánea serán resueltas teniéndose en cuenta las exigencias impuestas por la protección del consumidor y equidad del caso concreto.

**Fuente:** Art. 9 de la CIDIP sobre reglas generales de Derecho internacional privado de 1979 indicando la armonización de estas normas siempre a favor del consumidor.

### **Art. 5 . Temas excluidos.**

1. Quedan excluidos del campo de aplicación de esta Convención:

- a. los contratos de transporte regulados por Convenciones Internacionales;
- b. los contratos de seguros y reaseguros;
- c. las cuestiones derivadas del estado civil de las personas y la capacidad de las partes;
- d. las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;

e. los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;

f. las cuestiones de derecho societario, de seguridad social, laborales y sobre nombres de dominio;

g. los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;

h. los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos y análogos;

i. los demás contratos y relaciones de consumo, y las obligaciones de ellos resultantes que, incluyendo consumidores, se encuentren regulados por convenciones específicas o que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados de esta Convención;

**Fuente:** Discusiones en el Foro de expertos, art. 5 e 6 de la CIDIP V sobre contratos internacionales, Convención de Roma de 1980, sugerencia de la doctrina sobre e-commerce. Art. 2 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, considerando que algunos países tienen legislación sobre la falencia del consumidor, exclusión de temas laborales y de seguridad social.

## II. PROTECCIÓN EN SITUACIONES ESPECÍFICAS

### Art. 6 - Contratos de viaje y turismo

1. Los contratos de viajes individuales contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos, serán regulados por la ley del lugar del domicilio del consumidor, si éste coincidiese con la sede o filial de la agencia de viajes con la que se celebró el contrato de viaje o donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier negociación previa por parte del comerciante, transportador, agente o de sus representantes autónomos.

2. En los demás casos, a los contratos de viajes individuales contratados en paquete o combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos será aplicable la ley del lugar en el cual el consumidor emite su aceptación contractual.

3. Los contratos de viajes no regulados por convenciones internacionales, concluidos a través de contratos celebrados por adhesión o condiciones contractuales generales, será aplicable la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación contractual.

**Fuente:** Ley alemana sobre paquetes turísticos, jurisprudencia brasilera, inciso 41 de la Ley de Austria y doctrina de Kropholler (RabesZ 42(1978), p. 643). inciso 12 de la AGB-Gesetz alemana de 1976 e inciso 11 de la ley alemana sobre educación a distancia de 1976, hoy en el BGB.

### **Art. 7 - Contratos de tiempo compartido.**

2. Las normas imperativas de protección de los consumidores del país en el cual se encuentren localizadas físicamente las instalaciones de esparcimiento y de hotelería que utilicen como método de venta, de uso o de habitación el contrato de tiempo compartido, localizados en los Estados Partes, se aplicarán acumulativamente a estos contratos, a favor del consumidor.

3. Las normas del país en que fue realizada la oferta, la publicidad o cualquier actividad de marketing, tales como llamadas telefónicas, invitaciones a participar de recepciones, reuniones, fiestas, envío de premios, realización de sorteos, estadías o ventas gratuitas, entre otras actividades realizadas por los representantes o por los propietarios, organizadores o administradores de tiempos compartidos o la suscripción de precontratos o contratos de tiempo compartido o derechos de uso por turno de bienes inmuebles, deberán ser consideradas a favor del consumidor, tanto la información, el derecho de arrepentimiento y sus plazos, así como las causas de rescisión del contrato o precontrato, la determinación del exacto contenido del contrato celebrado y la posibilidad o no de pago o de firma de cupones de tarjetas de crédito en este período.

**Fuente:** Art. 9 y Art. 5, Directiva Europea 94/47/CE, Art. 15 de la Ley Uruguaya, Ley 17.189/99, Art. 2 de la Ley de Paraguay, Ley 1334/98, Jurisprudencia brasilera sobre el Art. 1 del CDC, Ley 8.078/90, antiguo inciso 8 de la ley alemana de multipropiedad o time-sharing, TzWtG, de 20 de diciembre de 1996, hoy en el BGB.

### **[Disposiciones generales y finales**

Art....Exclusión del reenvío – Por la aplicación de la ley de un país determinado por esta convención se entenderá la aplicación de las normas de derecho en vigor en este país, con exclusión de las normas de derecho internacional privado.

**Fuente:** Art. 15 de la Convención de Roma de 1980 en vigor hace 26 años con éxito en materia de protección de los consumidores en Europa.

Art....Para facilitar la aplicación de esta Convención, el Departamento de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA mantendrá en su página de Internet, un espacio de consulta de las leyes que versen sobre la defensa de los consumidores y contratos de consumo, las que serán enviadas por los Estados partes. Cada uno de los Estados partes podrá designar una Autoridad Central para facilitar la información sobre las leyes extranjeras y nacionales de protección de los consumidores y sus modificaciones. En Estados Federados será posible designar más de una Autoridad Central.

**Fuente:** Doctrina brasilera sobre las Autoridades Centrales de la Haya, facilitación del test de la ley más favorable al consumidor. Críticas europeas al sistema americano.

1. [Orden público del foro – Art. 18 CIDIP V]
2. Prohibición de reservas – contra el art. 21 de la CIDIP V
3. Reglas finales del Proyecto Tellechea, arts. 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 de la CIDIP V].